

《論 說》

ひとつの動的体系論

石 田 喜 久 夫

目 次

- 一 はじめに
- 二 教義学 (Dogmatik) の危機
- 三 動的体系論と教義学
- 四 動的体系論の適用可能性
- 五 おわりに

一 はじめに

日本私法学会は、一九九六年一〇月一二日の第六〇回大会における民法部会シンポジウムとして、「取引関係における違法行為とその法的処理」を採り上げた。そこでの掉尾を飾る報告の結語は、こうであった。

「法律行為法には、それ〔契約実現型救済を保障する面・石田注〕とらんで、法律行為の効力を否定し、契約否  
定型救済を保障する面もあります。この面に関するかぎり、法律行為法は、やはり個人の権利を広い意味での侵害か

ら保護するという性格をもちます。つまり、そのかぎりで、制度の目的は不法行為法のそれと重なることになります。だからこそ、この面に関しては、法律行為法と不法行為法の相互作用を認め、両者の内容をできるかぎり整合的なものに調整する必要があるわけです。

もちろん、これは一つの考え方にすぎません。重要なのは、この違法な取引行為をめぐる制度間競合論では、そうした私法体系全体をどうとらえるかというヴィジョンが問われているということです。ここでは、問題はそうした広がりをもつことを確認して、ひとまず報告を終えることにしたいと思います。<sup>(1)</sup>

右に採り上げられたところは、制度間競合論のなかでも最もスケールの大きい領域というるが、より限られたところでも、同様の発想によりうる、ないし、よるべき局面が少なからず存在する。たとえば、法律行為の否定的評価を下す場合に、「一つ一つの事情が、それ自体としては詐欺・強迫には当たらず、あるいは暴利行為といえるほどではないとしても、それらの諸要因と成立における当事者の意思決定の状況を総合判断して、契約の拘束力を否定する途を探ることは可能ではないか。」<sup>(2)</sup>とし、そのさい「公序良俗違反は、契約内容のみを問題とするのではなく、暴利行為論にもみられるように、契約成立の不当性や相手方の意思への干渉をも判断基準の中に取り込みうる概念として機能している」<sup>(3)</sup>ことを想起すべきである、と説くがごときである。<sup>(4)</sup>いみじくも、ここに公序良俗が姿を見せているが、これを動的体系論の視点から検討している力作の存することは、周知のところであろうし、わたくしもいくばくかの感想を述べたこともあって、<sup>(5)</sup>ここでは再説を控える。<sup>(6)</sup>

それにも拘わらず、本稿を草する所以は、いわゆる動的——可動的？——体系論が、何よりもまず現実の社会意識と法との乖離を克服するために生まれたもののように思われ、そうだとすれば、それが法曹にどのような受け止められているかが、関心の的となるように思われるからである。幸い、フランクフルト・アム・マインとオッフエンバッ

ハ・アム・マインの区裁判所 (Amtsgericht) の裁判官フィッシャー (Dr. Frank O. Fisher) が、「法実務における『教義学の危機』からの脱却としての『動的体系論』」と題する論稿<sup>(7)</sup>を、最近公表した。その主張を紹介し、これにつき若干の私見を陳べようとするのが、本稿である。まさに、ひとつの動的体系論にすぎない。

註

- (1) 奥田昌道「安永正昭(司会)・奥田昌道」道垣内弘人「山田誠」磯村保「山本敬三(報告)」「取引における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から——」〈シンポジウム〉私法五九号四三～四四頁〔山本〕。より詳しくは、山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論——総括」ジュリスト一〇九七号一六頁以下参照。
- (2) 磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵」ジュリスト一〇八三号八一頁以下・一〇八四号七七頁以下参照。引用文は一〇八四号八一頁。
- (3) 磯村(2)一〇八四号八一頁。なお、最判平六・一二・六判例時報一五一九号七八頁に対する判例研究である、石田喜久夫「限度額の定めのない根保証の限度額が併用根抵当権の極度額に従うとされた事例」京都学園法学一九九六年第一号八九頁以下参照。
- (4) さらに、より限定的には一般条項論に及ぶことは、ヴィルブルグ (Wilburg) の不当利得論に動的体系論が端を発することと鑑み、必然とすらいいうる。
- (5) 山本敬三「民法における動的システム論の検討——法的評価の構造と方法に関する序章的考察——」法学論叢一三八巻一・二・三合併号〔一九九五年一月〕二〇八頁以下
- (6) 石田喜久夫「公序良俗に関する一考察(三完)」京都学園法学一九九六年第三号三六～三八頁参照。
- (7) Frank O. Fischer, Das „bewegliche System“ als Ausweg aus der „dogmatische Kriese“ in der Rechtspraxis, Archiv für die civilistische Praxis [AcP] 197 Bd. Heft [Dezember 1997] SS. 589～608.

## 二 教義学 (Dogmatik) の危機

1 法的推論とは何か かつて土木工学を研究している中学時代の同級生に、法律学の特徴を簡潔に説明してくれ、と云われて難渋したことがある。法的論理、法的推論とは、リーガル・マインドの説明を、というような問いかけも、同工異曲の設問のように思われる。フィッシャーによれば、ドイツでも事態はわが国におけると同様に、いかに法律的に推論すべきかについて、通説ないし多数説ともいべき説述は存在しないようであり、彼は、かかる現象を目して「教義学の危機 (dogmatische Krise)<sup>(8)</sup>」と称する。法解釈学＝教義学のレゾン・デートルが、まず、法廷における法の適用に資するところに求められるとすれば、実践的社会政策的に規定された目的をもち、具体的紛争を終結にもたらすために、日常の課題を現存の手段によって解決するところにあることは当然として、実務の実務を越えて実務の理論を呈示することが要請されよう。しかし、端的にいうならば、実務家（＝法曹）には理論への回帰ないし展望のいとまを欠き、学者の理論は実務への配慮に乏しい憾みがある。改めて指摘するまでもなく、事実を法規範の下へ包摂する論理的操作を法的推論とするが如き陳腐化した命題の彼方に、問題が存するからである。どうしてそうなのか？

2 根拠独占の神話 (monokausale Mythos) 制定法のみが具体的な裁決にとって、唯一の権威のある基礎である、という神話に別れを告げるべきである、と説くフィッシャーは、制定法と教義学は「裁判官の固有の評価に伴われ支えられている<sup>(10)</sup>」と見なければなるまい、と云う。なんぴとも、制定法が解釈される以前に制定法にとりかかれないのであって、文法的・体系的・歴史的・客観的目的論的・憲法適合的ななどの、いかなる古典的解釈ルールも、ほとんど確実な帰結へ導き得ない、というべきである。ナチス時代における法の変質にも垣間見うるごとく、「通常は多かれ

少なかれ正しい」解釈が存在するのであって、「正しい」あるいは「誤れる」それが存在するのではない。

つとに、一九七五年ラーレンツ (Larenz) は、制定法の解釈が「包摂 (Subsumtion)」という形式論理的推論に尽きるのではなくて、多様なもの——その中で価値判断も役割を演じるのだが——の衡量を要求する、という状況を、ほとんど抗う余地のないところ、と描写した。<sup>(11)</sup> すなわち、そこでは、価値中立的な概念操作 (Begriffsarbeit) だけが爲されるのではなく、「法技術的な理由づけ (rechtstechnische Begründung)」と並んで、法原理 (Rechtsprinzip) を見出す類型 (Typus) が用いられ、そのさい確かめられるルールは、多くの原理の協働 (Zusammenspiel) に基づいている。したがって、「判決は法発見である。法的紛争は制定法によって極めて稀に誤りなく解決され得るにすぎない。誤ったもしくは断片的解決は裁判官の自己固有のものに由来する附加を必要とする。制定法の内容が明らかであると思われる場合でも、はじめに、事実上の争いの素材を探求し、それを通じて『法律問題』を正しく措定すべきである」<sup>(12)</sup>。かくて、すべての法の実現は、創造的要素を含んでいることとなる。

さらにいうならば、各々の判決には、多くのしばしば情緒的で断定的な (decisionistisch) 要素が流入している。世観・道徳など凡ての着眼点や先入感が制定法の文言よりも少なからず重要である。判決はその基準を制定法の外のどこからかより採ってこななければならない。凡ての人間的なものが、ひとつの精密な学問によって管理されうるものではない。判決の発見のごとき所作も、法の認識と並んで、勘 (Judiz) や生活の知慧 (Lebensklugheit) そしてとりわけ道徳の問題である。ちょうどレトリック (Rhetorik) と同じように。

3 レトリックとしての三段論法 司法三段論法 (Justizsyllogismus) は修辞学的な推論であり、法律学 (Jurisprudenz) は論証技術であり、法律家はつねに修辞家 (Rhetoriker) であって、修辞学は信頼を基礎づけるものである。しかし、論理的に正しい包摂の過程が実在するであろうとするのは幻想である。それにも拘わらず、実務はし

ば、しばしば「一義的包摂と演繹の仮象」に固執し勝ちであるが、実際に説得力を有するものを措定すべきである。自由法論、社会工学、政治的裁判官、純粹な衡平判決を云っているのではない。主観性 (Subjektivität) は非合理性もしくは恣意 (Willkür) と混同されるべきではないからである。自由な法発見などは空中樓閣 (Wolkenkuckuckshelm) にほかならない。入り組んだ複雑な問題の理性的解決にさいしては、直観 (Intuition) のほかに「飽和した素材認識 (gesättigte Materialkenntnis)」——それぞれの判断素材が極限にまで融和した状況の認識——を必要とする。もちろん、当該判決を合理的かつ実行可能なように根拠づけねばならないとともに、「裁判官の法適用の過程が、法実現の個別事例にかかわる法創造者の行爲である」<sup>(13)</sup> ことを忘れてはなるまい。

#### 4 法実務における処理方法 (Vorgehensweise in der Rechtspraxis)

(i) 法実務においてある生活事態 (Lebenssachverhalt) がある、法規範の許に帰するか、という問いが措定されることは、最初のアプローチは純粹に教義学的である。実務家は注釈書・体系書・雑誌を参照し、そのさい優先的に、その問題の解決を可能ならしめる先例を探す。(a) 先例 (Präzedenzfall) が見い出されると、問題は解決される。理由づけのために、先例が指示され、その内容から採択された短かいコメントが付される。(b) 先例ではなくて、もっぱら一般的な原則が探求されるさいには、その構成要件指標 (Tatbestandsmerkmal) は、古典的な方法——文法的解釈をはじめとする各種の解釈方法——に従って解釈され、そこに固有の推論によって、理由づけられ、問題の解決を見ることがとなる。(c) 入手可能な資料の中に、いかなる解決方法も見い出しえないときは、自己の推論を構築する。それは、強い要請があるにも拘わらず法的基盤が欠けていることをいくばくか示唆しつつ、類似の論法 (Analogie || 類推) によるわけである。(d) 構成要件指標の解釈が争われている場合 (三角関係における不当利得法や損害賠償法をめぐるさまざまな疑義など) には、原則として判例の立場が選択され、爾余の立場は無視されてきた。判例がいかな

る解決をも齎らさないとき——その解決が明らかに不当な結末に至る場合——は、法曹は概ね、自己にとって分明と  
思われる結果へ導き、かつ、これを簡潔に理由づける解決を採る。そこには、「結果の納得可能性による統禦  
(Plausibilitätskontrolle)<sup>(14)</sup>」が働いているのである。とりわけ裁判官は、教義学上は正しいが当該具体的事例にとっ  
ては「悪い (bösch)」と考えるような判決を宣告することに、疑いをもつ。判決の形成にとって、法律行為とともに  
裁判官の日常理論 (Alltagstheorien) の役割も重要であるが、法感情を逸することはできない。これは、しばしば等閑  
視されているが、事例の処理に際し作動するファンタジー・感情・期待・認識などを統括するものであり、この種の  
直覚 (Intuition) なくして、いかなる学問も成立しない、とすら云い得よう。「日常理論・個人的社会的価値観念・フ  
ァンタジー観念・その他の意見や見解の総体が、協同して、ある人間の日常知の成立を生む。」<sup>(15)</sup>という事実は、実務  
にとって避けて通ることはできないのである。

(ii) 裁判官の目指す帰結が教義学上不適切であり存立しえない場合には、解釈の周辺部が、「事実認定という強行  
手段 (Gewaltmittel des Sachverhaltsfeststellung)<sup>(16)</sup>」におけるように、流動化させられる。以下、多少立ち入って説明す  
る。(a) よく行われるのは、従前の教義学の変更であり、原則として、より複雑な構成となる——たとえば、これま  
で無限定に承認されてきた、所与の原則に対する例外つまり新しい退化例外 (Rückausnahme) の要請——。(b) 望  
まれる効果に対立する教義学の部分の無視という可能性も存在する。弁護士にとってこの戦略は重要であり、自己の  
要求に対立する判決を知っていても、これを引用せず、場合によっては反駁を加える。しかし、言及しない場合が一  
般的で、裁判官や相手方が、そのような判決を発見するのは相対的に少なく、大抵の場合探そうとさえしない。<sup>(17)</sup>(c)  
更なる可能性はこうである。判決の根底に存する生活事態 (Lebenssachhalt) から特殊性を抽出・確定したうえ、問  
題になっている構成要件指標が充足され得ないとして、反対規範 (Gegenorm) をそこに見ようとするわけである。

(d) 最後に、古い理論が極根にまで追いやられ、新しい理論の発明を生じることもある。(e) 最終的な救助錨 (Retungsanker) として、しばしばどこでも BGB 二四二条 (信義則) が引き合いに出される。(f) 叙上のいずれの方法にも拠り得ない場合には、不満足な結果を受容しなければならないのであろうか? 判決は、しばしばドグマティックな顧慮の彼岸に、正当にして個別的事案をも満足させるべき結論への要求を聳立させるに到る。

5 法実務に対する論理的帰結 このように眺めてみると、法教義学がまさに複雑な諸事例において、制約された条件のもとでのみ問題解決能力をもつにすぎないことを、認めざるを得ない。まさに、教義学の危機 (dogmatische Krise) というべきであるが、それは、決して、教義学の断念を意味するのではない。法曹の課題は、人間の共同生活において乱された秩序を恢復することにある。解決のための「理由は確信されねばならず」、「実際の説得力の上に置かれるべき」である。つまり、「理由づけは、それが関係人を判決の実質的な正しさについて確信させる場合に最も安らかならしめる。それは、しかしまた、判決の必要性が説明されていると解されることによって、平和的に作用する<sup>(18)</sup>」のである。その故に、衝にあたる裁判官の判決 (atrichterliches Urteil) の最もさし迫った課題は、敗訴当事者に対して判決を理由づけることである。逆にいうなら、彼らは、判決が正しいこと、訴訟を正当に失ったこと、下された判決を取り消させる甲斐のないことを、確信すべきなのである。換言すれば、敗訴当事者は、少なくとも、下された判決が必然的であることが明らかにされることによって、法状態につき満足を覚えるはずであり、争いをやめることとなる。その意味で、法的推論は本質的に修辭的 (rhetorisch) なのであり、法的決定にとって最終の正当化指標 (Richtigkeitskriterium) は、法的推論における検証 (Bewahrung) なのである。その検証手法が動的体系論に他ならない。



註

- (8) Fischer, (7) S. 589.
- (9) *「ドイツの法律」* Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin 1991. が、法曹によって引用されるにとどまり——わが国に較べるとそれでも雲泥の差があるというべきか——、より根本的には、法曹には理論的省察に及ぶ時間的余裕がないところに「深められた方法論的認識への顧慮」を不可能ならしめる原因がある、とされているようである。Vgl. Bürkle, Richterliche Alltagstheorien im Bereich des Zivilrechts, 1984. S. 13.
- (10) Fischer, (7) S. 591.
- (11) Larenz, in: Festschrift für Wilburg S. 217 (zit. nach Fischer, (7) S. 592)
- (12) Fischer, (7) S. 592.
- (13) Fischer, (7) S. 594.
- (14) Fischer, (7) S. 595.
- (15) Bürkle, (6) S. 73.
- (16) Wilburg, Entwicklung eines Beweglichen System in Bürgerlichen Recht, 1951, S. 23 (zit. nach Fischer, (7) S. 596).
- (17) 裁判官のフィッシャーが云うのであるから、誇張とは思えないが、文字どおり解するかぎり、いささか奇異の念を禁じ得ない。しかし、英米法流にいうなら、いわば *ratio decidendi* ではなくて *obiter dicta* から、反対趣旨の判決を探し出すのだとすれば——フィッシャーの真意はおそらく「*ratio decidendi*」にあると思われるが——、日本でも同断かもしれない。
- (18) Lücke, Begründungszwang und Verfassung 1987, S. 72, S. 114.

### 三 動的体系論と教義学

1 フレスナーのパラダイグマ    ヴィルブルグの不当利得法にはじまる動的体系論は、近年、損害賠償法に関するドイツ連邦裁判所 (BGH) の二つの決定を、<sup>(19)</sup> いわばパラダイグマとして、フレスナー (Flessner) によって展開さ

(20) された。その紹介からはじめよう。BGHの右決定はいずれも、物の使用可能性の剝奪に対する金銭賠償にかかわるが、債権者（損害賠償請求権者）の容態いかに拘わらず、ことを一義的に論じているのに対して、かかる手法を不毛と断じ、事案の特性に応じた対応を説くのが、フレスナーなのである。彼の見解によれば、損害賠償問題は、それを論議する教義学的な枠（dogmatische Rahmen）の故に、その解決を妨げられている、とされる。つまり、損害の教義学的概念から損害法の難かしい評価決定を展開し、更なる利用へとこれを移入するというが、ごとき方法は、教義学的前提する迅速で安定感のある指示が円滑に立ちゆかないときは、その効能を失うため、使用逸失（Gebrauchsentgang）のさいの金銭損害が過大となる、という虞れも否定できない。かくて、フレスナーにとって重要なのは、損害概念に基づく解決の理由づけでも、一般的な損害法理論でもなく、問題ありとみられる事例と問題にはほとんどならない事例との比較ということになる。つまり、損害法の教義学と体系ではなくて、類型把握（Typenfassung）と事例類型の類推（Analogierung von Falltypen）と評価とが前面化し、諸事例の形成と比較から基準となる評価基礎が確かめられることとなる——事情がわが国でも同様であることは、甲所有地に乙が無断駐車したような場合を念頭に置くならば、容易に理解されるのではあるまいか——。「確実視されるものから、なお問題を孕むものへの類推による前進という方法は、法学（Jurisprudenz）とくに事例・裁判官法における始原的な生きる権利（urales Lebensrecht）をもつ」のである。つとに、フレスナーは説いていた。「かかる思惟スタイルは、具体的な事例に直面して、あまりに一般的あまりに排他的ないし一面的に形成され、予め設定されている公理（prätabilierte Axiome）を以てする、しばしば労苦に充ちた説明を省略し、そして、個々の事例の特殊な実質問題性（Sachproblematik）への直接的接近を可能ならしめる。」と。(22)これが、動的体系論手法なのである。

## 2 教義学との関係

「裁判官の評価を伴わない制定法と教義学は空虚であり、制定法と教義学のない裁判官の

評価は盲目である。」と云われる。動的体系論は教義学にとって代るのではなくて、これを補完し、教義学の過剰な部分を排除するものである。もともと、法教義学は、法素材を意義深く整序するところに意義があり、その体系はさまざまに錯綜した問題を還元することを可能ならしめる。つまり、関係枠 (Bezugsräumen) を創り、法制度ないし法の根底に存する経験と熟慮を凝縮し、これを難なく取り出しうるように格納する——いわゆる概念の抽斗——のを職とする。しかし、教義学は、あまりにも屢々、絶対的原理 (absolute Prinzipien) のもとで考え、歴史的となり了えた関連に拘束され勝ちである。

ここに提案される方法Ⅱ動的体系論にあつて重要なものは、類型的なものである。類型 (Typus) は、主として現象としてあるいは事例に表現される、なんらかの一般的なものであり、評価のちがいが問題となる場合に、思考形式 (Denkform) としての性質をもつ。法的な現象は力の作用の具現体 (Körper) ではなくて成果 (Ergebnis) とみられる。ヴィルブルグもいうように、原理がそれ自体唯一の無制約的な妥当性をめざす場合にも、なお様々な視点の協同を必要とすることが問題となり、決定的なのは「そのさまざまな視点の可変的な (variable) 役割」<sup>(23)</sup> なのである。

構想のありようはこうである。まず制定法上の概念から、次いで事態 (Sachverhalt) から出発して、事例群 (Fallgruppen) が形成される——なぜなら、事態における微妙な差異 (Nuance) が帰責判断 (Zurechnungsurteil) に影響を及ぼしうるからである——。この枠内における取り扱い方法については、可能な推論範型 (Argumentationsmuster) が存在するのであるが、とりわけここでは、レトリクの積極的意義に注目しなければならぬ。修辞学は法理論において概ね従属的な役割を果しているにすぎなかったが、積極的意味における修辞学は、単なる説得力を職とするのではなくて、確信と合意を狙うものであり、一貫して学問的な水準 (Niveau) で営まれなければならない<sup>(24)</sup>。かようにして、動的体系論への顧慮は教義学的解決方法の中へその座を占めることとなる。

### 3 日常性と複雑性

問題となった事例のなかで、「機械的に単純な包摂」により古くからの方法に従って判断されうるものの占める割合が高いが、しかもなおそれらの多数は非日常的である。ほんとうに争いになる事例は、原則として不規定的であり錯雑性を帯びている。そうした事例における人的評価の占める割合が、判決において重要視され、詳しくあとで追跡しうる知見は、後景に退いている。まさに、現実の問題視される事例は、制定法ないし教義学によって解決されず、慣用の熟練(Routine)によっては捌かれ得ず、動的体系論によってはじめて法的整序が完うされる。<sup>(25)</sup> そのような事例を伝統的教義学によって解決しようとするならば、しばしば仮象の理由づけ(Scheinbegründung)に陥る危険性を招く。仮象の理由づけは「法共同体の信頼(Vertrauen der Rechtsgemeinschaft)」を失わせ、仮令結果が正しくとも、他の不都合を生むこと、いうまでもない。「しかも、支配的な教義学が、かの個別的な事例に代表される一般的現象の理解を誤るのに比例して、同時に、学習上正しい(Schulmäßigrichtige)解決が事例の誤った理解となるであろう。」と、フィッシャーは厳しく糾弾している。<sup>(26)</sup>

### 4 動的体系論による明確化

既述のところから明らかなように、事例における評価要素(Wertungselemente)が意識されるならば、動的体系論は問題を明瞭化する。これによって、感情に従った作業に代わって、方法論を意識した評価が可能となる。そのさい基準となる価値について説明されるならば、ひと、はこの価値を自明とみる危険に陥ることなく、異なった評価の可能性も存在することに気付くであろう——公明正大な方法論(Methodenehrlichkeit)の視点——。正確な演繹は、評価がなされねばならないところでも、可能である。勿論、純粹な評価の解消しえない核心(unauflöslicher Kern)が、常に残ってくることは明らかであり、それに応じて、判決にさいしては公明に(offen)論議されるべきであり、そこから評価が見い出されるのである。フロイント(Freund)は、適切にも「手のうちを見せるトランプ? (Spiel mit offenen Karten)」<sup>(27)</sup>と言っている。

註

- (19) Entscheidung des Bundesgerichtshofes [BGH], Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1986, 2037, Entscheidungen des Bundesgerichtshofes im Zivilsachen [BGHZ] 98,212, NJW 1987. 50.
- (20) Flessner, Juristenzeitung [JZ] 1987, S. 271ff.
- (21) Flessner, (20) S. 277.
- (22) Flessner, Wegfall der Bereicherung 1970, S. 154ff.
- (23) Wilburg, (19) S. 13
- (24) Vgl. Gast, Juristische Rhetorik, 2 Aufl. 1991, Rundnummer 125.
- (25) Baumann, Grundlinien eines „beweglichen Systems“ der Sachmängelhaftung beim Kauf — Zugleich Überlegungen anlässlich der Pläne des Bundesministerium des Schuldrechts. —, AcP. 187 Bd. Heft 6 [Dezember 1987] S. 547. 以下のようについて。いわく。「仔細にみれば、いまや一回きり生じる物に関する問題の多様性をしばしば適切に把握せず、法的に満足しうるかたちで克服する状況に無いことは、明らかである。これに対して、動的体系論は、すぐれて高度に複合的な事態を法的に表現し、限定するのに適している。瑕疵担保責任の全体系の、理論と判決におけるある種の硬直化 (Erstarrung) は、とりわけ部分的に完全に不満足な解決のゆえに、立法者への評価へと導く。これに対して、裁判官の法の継続形成にとって『開かれた動的体系論』は、内容の豊かな事例素材の総合的利用のごとく、予告的 (prognostizierbar) かつ矛盾を含まず、あわせて柔軟かつ事態適合的な問題解決を可能ならしめる」と。
- (26) Fischer, (7) S. 604.
- (27) Freund, Juristenzeitung [JZ] 1992, 994.

#### 四 動的体系論の適用可能性

- 1 適用可能領域 動的体系論の適用可能性は、すでにこれまで、数多くの領域において示されている。たとえば

ば、不当利得法、損害賠償法における逸失利益（ヴィルブルグ、フレスナー）・動物保管者責任（ヴェスターホフ Westerhoff）・保証法（ゲップエルト Göpfer）・売買法（バウマン）・民事訴訟法（フィッシャー）等々がそれである。<sup>(28)</sup> オッテ（Otte）はこのような事態に関連して次のように指摘している。利益もしくは財の衡量（Güterabwägung）を必要ならしめる規範——動産の即時取得に関するわが民法一九二条などは、この典型例と観られよう——は、凡て一つの動的体系なのである。この体系は、問題となった判決を間主観的に「理解可能（verstehbar）」ならしめうるのである。<sup>(29)</sup> もとより、判決は、時ならずして実現される。しかし、それと同一の出発状況（Ausgangslage）にあっても、各々のひとつが同様の結末に至るとは限らない——先例の拘束性には大きな限界がある——。考え得るさまざまな結末は「代替可能（vertretbar）」なのであり、これが動的体系論によって即座に宜明される効果なのである。このことから、動的体系論が凡ての領域に適用されることを、理解しうるであろう。

2 市民親近性 1と関連して極めて重要なのは、市民親近性（Bürgernähe）の視点である。フローン（Frohn）は、「討議を通しての実践理性の市民化の可能性<sup>(30)</sup>」というスローガンを掲げている。すでに、キルヒマン（Kirchmann）によって、ソフィストの類い・非実際的な詮索・こじつけへの学問の邪道など、法を民衆から疎遠ならしめる凡ゆる種類の弊害が、批判の俎上に載せられた。<sup>(31)</sup> こうした非難が浴びせられた時代から、事態はいくらか変容を示している。概念法学は克服され、利益法学や評価法学などがこれにとって代った。しかし、なお「芸術のため<sup>(32)</sup>の芸術（L'art pour l'art）」への動きに警戒しなければならない。フィッシャーによれば、そこでは、混沌（chaos）の中へ秩序を持ち込むという法の本来の課題が、忘れられているからである。判決の書式に太く印刷された「民衆の名において！（Im Namen des Volkes!）」の文言を想起すべきである。法理論家が喜びを以て接し専門的な注釈を加えるような判決を書くことは、その基になっている訴訟に敗れた者が文章なしに判決に直面し、これを理解し得ないのな

らば、無意味である。学問へと変装するのは実務の課題ではない。実務的法律学を中心には、判決にかかわった人間・社会的現実における具体的な人間が存在するのであり、この者のために法曹は営為すべきなのである。まこと、「法は人間に奉仕すべきであり、判決は当事者によって理解され実現されなければならず、法実務においては、方法論は自己目的とさるべきではない。」<sup>(32)</sup>のである。

右述の見解によれば、動的体系論の助力を得て下される判決は、そこで法を求める者 (Rechtssuchende) によって、冗長にして数頁に及ぶ聡明な (scharfsinnig) 教義学的叙述よりも、より容易に理解しうる。「しろうととともに法を語らねばならない裁判官には、しろうとが判決に共感しうるために、しろうとにも評価要素を納得しうるように説くことは、容易であろう。」<sup>(33)</sup>。そのさい、判決に、純粹な合理的要素が少なければ少ないほど、任意的な (voluntativ) 要素が多ければ多いほど、裁判官の理由づけのための骨折りは大きくなるにちがいない。すでに、キルヒマンの示唆するように、裁判官は年をとればとるほど純粹に教義学的認識を手放してくるが故に、「農民や市民は、博識と法知識の華美をつくして極めて鋭利に裁断する若き陪席判事 (Assessor) —— 今日では『見習裁判官 (Richter auf Probe)』—— を、彼の事件の裁判官にもつに至ること以上に、怖れることは何物もない。」<sup>(34)</sup>との指摘を忘れてはなるまい。実務においては、法発見の伝統的方法、とくに概念的であることを指向する教義学は、広汎に不十分とされている。

3 いちおうの帰結 (i) ヴェスターホフは、未来を見つめて、「動的体系論は、凡ての法秩序に妥当する評価要素を見い出すことを可能ならしめ、その結果、われわれは、個々の法秩序の限界を超えてその根本相 (Grundzüge) を教えうる法律学を手に入れるであろう。」<sup>(35)</sup>というが、なお注目されるべきは、ここで討議された問題の境位 (Problemstellung) が、おそらくは法律学の永遠の問いかけに属し、終極的解決を完全に見込みのないものと露わにさせ、せいぜいのところ、問題の解決に類似した性格のものを許容する状況にある、ということである。<sup>(36)</sup> 大胆な職人

(Knoten) による一撃が謎を解くがその結末に混乱のあとを残すように、法曹はその作爲 (Tun) の瀆神的 (sakrilegisch) 可能性を知り、その意味でアンティノミーとパラドックスに対しても公然と与しなければならぬとともに、疑い且つ「自ら再思する」準備ができていなければならない。法においても、「最終的なものは、合理的に云い得ないものとされよう (das Letzte rational betrachtet unsagbar)」と、フィッシャーは結ぶ。<sup>(37)</sup>

(ii) 法実務につき「教義学的危機」に際して措定された問いに対しては、以下のごとく完全に回答されよう。「ある法規範の構成要件標識の解釈、したがって適切な判決が問題ありとされるならば、判決に重要な問題性の抽出 (Herausarbeitung) に従い法実務において下される判決は、非常に多くの場合に、すでに判決されたかなお形成されるべき比較事例に立ち還って、規準となる評価基準 (Wertungskriterien) —— ヴェスターホフのいう要素 —— が抽出され、かくて、なぜ具体的に判決される事例が、異って、または同様に、判断されるべきかが解明されることを通じて、確信的に理由づけられよう。」<sup>(38)</sup>と。もともと、このような手法は、すでに今日では、ひろく実務に拡がっているが、その背景はいささか不明確である。動的体系論は自覺的に右手法を理由づけようとする理論ないし道具建てということになるであろう。

#### 註

(28) 総括的には Vgl. Franz Bydinski = Heinz Krejci = Bernd Schlicher = Viktor Steininger (herausgegeben), Das bewegliche System in geltenden und zukünftigen Recht, Berlin und New York 1986, ニューヨークでも刊行されていることに注目されたい。

(29) Ote, im Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie II. 1972, S. 318. たといは、わが民法一九二条の要件を整理された——教義学的に——かたちで説くときは、硬直化した帰結を往々にして招くであろうが、さまざまな視点——要件メルクマールのひとつひとつがそうであり、ヴェスターホフ流にいうなら要素に該るであろう——の絡み具合から解明してゆ



くならば、対立する考え方の保有者間にも、それぞれの主体的ないし主観的判断の相互的な理解が生じる——間主観的に *verstehbar* となりうる——。このように、わたくしは理解している。なお、ついでながら付言するならば、占有改定による即時取得が可能か否かにつき、侃侃諤諤の議論があり決着を見ていないが、さればといって判例のような否定説は、あまりにも硬直的で、左袒するに躊躇を覚えるむきも少なくはあるまい。目的物が何であるか、取得しようとした権利が所有権なのか譲渡担保権なのか、その他占有の具体相・有償か無償か・当事者の職業や経験なども、いちおう視野に入れて、要件を木目細かく再構築することもまた、動的体系論の射程範囲に属すると思う。

(30) Frohn, *Rechtliches Gehör und rechtliche Entscheidung*, 1989, S. 23.

(31) わが国でも類似の批判はしばしば姿を見せたが、とりわけ鮮烈であったのは、来栖三郎「法律家」未川先生還暦記念・民事法の諸問題「一九五三年 有斐閣」二三五頁以下であった。キルヒマンを引用した法律家批判のくだりを紹介しよう。

「世間の人々は、法律家は何だか人世にとって非本質的なものを有難がって、本質的なものを軽んじているようにみている。そればかりか法律家は論理の厳正のような、勿體ぶった議論をするがそれでいて何んとなくうさんくさく恣意的で、相手によつては規則の運用に當つて随分融通をきかせもするくせに、また相手によつては意地悪く冷淡に規則を楯にとるものだとさえ感じているが、それを間違っていると言い切れるであろうか。法律家は、『實定法のおかげで……腐敗した木ばかり食つて生きている蛆虫どもになりさがった。實定法は蛆虫どもが健全な木を見捨てて巣くいうごめく病める木にほかならない』、『法學はこういう「う」風に、その自然的基礎を缺いているために、餘りにも容易に、詭辯と非實際的な穿さくの邪道に陥るばかりであつて、とめどもない小理窟やあらゆるたぐいの贅肉——その法律學的文献は實におびただしい——が現れ出る』というキルヒマンの皮肉に疚しさを覺えないであろうか。」(二三八頁—九頁) というのである(これに引用されているキルヒマンのことは、Kirchmann (34)の邦訳である、キルヒマン著桑田三郎・田村五郎訳「科学としての法律学の無償性」中央評論一一號一〇三頁に拠っている)。なお、来栖博士のむすびはこうである。「以上のような、法律家、とりわけ法典國の法律家の陥り易い危険を超越する方法として次のように説かれて来た。『すべての科学の対象の場合におけると同様に法においてもまた、最も正しい方法とは、すべての新しい構成(？事象)を自由に直視し、先入觀念なしにそれに沈潜し、そして、まったく純粹に、それ自體のなかから新しい概念と法則とを生み出さしめるということである』。即ち『自

由な発見』であり、『それは、「法的論理」における制定法規への根據づけというみせかけのヴェールをはぎとり法曹を社會に直面せしめ責任ある行動をとらせようとするのである』。右の方法の正しさは疑うべきもない。」(二五一頁—二頁)と(『)内の文章は、磯村哲「エールリッヒの法社会学(下)」日本評論社法律学體系八三頁・八五頁からの引用)。

(32) Fischer, (7) S. 606.

(33) Westerhoff, Die Element des Beweglichen System, 1991, S. 93.

(34) Kirchmann, Die Werthosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, herausgegeben M.Meyer=Tscheppe 1988, S. 344

(35) Westerhoff, (33) S. 94

(36) (37) (38) Fischer, (7) S. 607

## 五 おわりに

1 フィッシャーの総括 法教義学は、とくに実務において複雑な (komplex) 事例の解決について、しばしば拒絶的であり (dogmatische Kriese) また、法的推論が主として修辭学的である (rhetorisch) であることを顧慮しない。包摂ドグマに従う代わりに、むしろ切札 (? Fafbe) が信じられるべきである。つまり、法実務にあっては主として、他の人間が書面による詳しい説明によって確信させられることが重要なのであって、そのさい „Bewegliches System“ が極めて都合よく働らく。そこでは、形成されるべき、もしくはすでに判決された比較事例の引用の許で、ある事例の解釈にとって基準となる評価要素が抽出され、衡量されるべきである。このような Bewegliches System の方法論は、実務においてより一層流布し、更なる同意を見い出すべきである。そのことによって、関係人にとってわかり易さ (Verständlichkeit) が促進されるからである。<sup>(39)</sup> 以上がフィッシャーの総括である。

2 ひとつの試論 わたくしは、最近「賭博」に関して、次のように説いたことがある。「いずれにしても、刑

法上の賭博は、民法の領域でも公序良俗違反と評価されるべきことに異論はない。ただ、賭博がなぜ否定されるべき行為とされるのかをつきつめて考えると、……その理由を見つけるのはなかなか容易ではない。いかさまが封じられているか、人格の荒廃を招くほどの金銭のやりとりが絡んでいないか、偶然の事実の生起に当事者がどれほど努力し、それに賭金の額が見合うか——コインの裏が出るか表が出るかよりも、相手に碁や将棋で勝つか負けるかのほうが、賭金額は高くて当然?——などを衡量して、その反公序良俗性の有無を判定すべきものであろうか。<sup>(40)</sup>と。さらに、やや敷衍して、「おそらくはつぎのような発想が根底にあるのだらうと思います。我々人間は生活の糧を額に汗して稼がなければいけない。働かないで金を儲けるのは非難されるべきだ。という考え方があって、自分が正當に身体を動かすか、あるいは頭を働かせて、とにかく労働して、その対価として得るもので生活を営んでいかなければならないとされてきたように思われます。したがって、偶然の輸贏(ゆえい)に金品の授受を係らしめることは、人間を墮落させ、ひいては社会を混乱させ、社会の活力を全体的に失わせ、その結果、社会を崩壊に導くおそれがあるというのが、ばくちを良俗違反とする理由だと思います。しかし、ものは程度問題でありまして、皆さんがやります賭けマージャン——やりとりされるお金は多寡が知れています——ですけれども、これも立派なばくちであります。しかし人間には多かれ少なかれ冒険心とか投機心がありまして、これを全部押さえますと、かえって社会の活力を失わせるから、ちよつとした賭け金ならいいだらう、と私は思います。そういうことを学生のころ先生に申し上げましたところ、『それならば、君はばくちの賭け金が少なければ違法でなくて、高くなれば違法と考えるのか』『はい、そうです』『法律というのは量の問題ではなく質の問題だ』『「教義学の神髄!」と叱られました。そのときは黙っていました。今でも私の考えは変わっておりません。マージャンで一晩一万点負ければ「いまごろマージャンとは、化石じやなかろうか?」一億円を支払うというような取り決めは公序良俗に反しますが、百円玉をほうり投げて表が出るか

裏が出るかによって、百円のやり取りをするのは、まさにご愛嬌というべきで、公序良俗を持ち出すほどのこともない、と思います。ギャンブルをやる人の資力、一回のゲームに要する時間とその間におけるときめきの程度と賭け金との相関性を考慮して（動的体系論的手法！）公序良俗違反の有無を判断すべきである、と考えます。しかし、ばかりを公けに認めますと胴元が出てきて——これは人間の弱さにつけ込んで居ながらに利を得る存在であるから、許容されるべきではないと思います——インチキをしたり、暴力団が絡んできて、フェアなばくちが期待できない。そこで、インチキのないように国や地方公共団体に胴元をつとめさせ、あわせて国庫収入などをはかる、という一石二鳥を狙って、法律で特に競輪や競馬を開催し、宝くじを発売することを認めているのだ、と思います。さらにいうならば、商品先物取引とか、あるいは有価証券の取引もやはり人間の投機心、冒険心を建て前としていい方向へ導こうとするものです。人間の非合理的な精神をある程度満足させないと人間は窒息してしまうでしょう。例えば、酒や煙草は健康に悪いから、飲酒や喫煙を根絶するため、酒・煙草の製造・販売を法律で全部禁止すると、どうなるのでしょうか。アメリカに禁酒法時代というのがありました、その時代に跳梁をたくましくしたのがご存知アル・カポーネに代表されるギャングであります。彼等は酒の密造により地底の大帝、暗黒の帝王となり、そのため禁酒法が廃止され、おそらく陽の目を見ることはないでしょう。人間という存在は、いい面だけからはとらえられないのです。神になり得ると同時に悪魔にも墮落しうる。それが人間なのであります。人間の悪魔的な側面を無害に昇華させること——その理想はカタルシス——が重要なのでありまして、競輪や宝くじ、商品取引などは、そのための手段なのであります。<sup>(41)</sup>」とも陳べた。いささか長きに失した嫌いはあるが、ひとつの動的体系論による試論ゆえ、ご諒恕をお願いしたい。

### 3 歴史はくり返す？

古く、わが民法学界の巨匠は、公序良俗について、「公の秩序善良の風俗という観念は

きわめて抽象的なものであつて……これに対してどのような具体的内容が支えられるかは、一にかかつてその当時の法律理想のいかに存する……公序良俗の内容はとうていここに列挙することはできない。……したがってわれわれが第九〇条を適用するに当たつても……その行為の当時者の経済的地位、その行為が当時者にもたらす実質的效果、さらにその行為の社会の一般消費者の利害および社会経済の一般的発達に及ぼす影響などを仔細に観察してこれを決しなければならぬのである。<sup>(42)</sup>」と説き、一般に異を唱えるものは存在しなかった。これを観るとき、われわれは「呉下の旧阿蒙」として反省すべきなのであろうか。教義学が完結した所与の規範からの演繹に終始するのを職とするかぎり——規範体系が開かれているか否かにかかわりなく——、そこでの包摂による推論のありかた自体に変容を生じることとはほとんどあり得ないところであり、右のごとき説述が現在においても維持されているのは当然と云わなければならぬ。問題はこれから先にあるのであり、法規範や法制度の単一原因的（*monokausaal*）ないし一局的的（*einidimensional*）な理解の克服にある——いちおう教義学的処理を前提としつつ——。<sup>(43)</sup>とまれ、私見によれば、動的体系論に拠るときは、「公序良俗に反するからといって、全部無効でありその効果も絶体的でしかなく、また、給付したものの取り戻しは認められない、というような画一的な効果にいたることはあり得ない、とするのが適格的だといえるでしょう。公序良俗違反の認定基準そのものが多様であり可動的だからであります。」<sup>(44)</sup>ということになろう。フィッシャーは、すでに触れたように、動的体系論を教義学のいわば補助と位置づけてはいるが、この手法による研究成果の見られる法領域が示すように、解釈学的に多くの問題点を抱える複雑な事例群の適切な解決のためには、動的体系を以てするのが必須と思われ、しかるときは、教義学本来の手法によって十全な帰結に至りうる領域は極めて僅少——民法三条がその典型といふべきか——と云わざるを得ない。こんごの課題は、さまざまな領域で、法原理や法規定などの要素ないしトポスを設定し、具体的な成果を挙げることであろう。ただ、問題は、さまざまな文化が共

存し、ポスト・モダンの特徴である多様な価値観のみられるところで、かつての歴史法学が依拠した「民族精神 (Volksgeist)」を語るに程遠い状況において、間主観的に了解可能な要素の指定が可能であろうかは、答えるに困難な問いかけである。おそらくはこのことをめぐって、法学のみならず、すべての社会・文化科学が懸命に営為しているように思われる。ひとはまず人間であるから、ということから出発するよりほかに途はないのかもしれない。<sup>(45)</sup>

# 註

(39) Fischer, (7) S. 608.

(40) 石田喜久夫・消費者民法のすすめ (一九九八年 法律文化社) 三二頁。

(41) 石田喜久夫・口述民法総則第二版 (一九九八年 成文堂) 一九〇—一九一頁。なお、動体系論については、「さまざまの視点からの評価を総合して公序良俗違反の有無を論定しなければならない場合が圧倒的に多い……そして複数の視点からの判断が、公序良俗認定に相互加重的に働く場合や、逆に、肯定的に働くものと否定的に働くものとが背反的に作用する場合がある。」(一八八頁)としている。

(42) 我妻榮Ⅱ有泉亨・民法Ⅰ (一九六一年 一粒社) 一一九—一二頁。

(43) Baumann, (25) S. 543.

(44) 石田喜久夫 (41) 一八八頁。

(45) かつての類型論が想起されるが、類型が硬直化する怖れを免れ難いため、更なる具体的状況の差異が注目されているのであって、ゆきつきところな一回きりということになるかもしれない。それでも、さような事例についての主体的判断——他人にはわが状況は理解され得ないなどというべきでない——は可能と考えられるが、レトリックの効能を認めるに吝かでないにせよ、その根底には、「人間としての共通性」——これは歴史法学派も認めるところであった——が存在しなければならぬであろう。間主観的な理解についても、ことは同断である。